

# ***A LIVRE NEGOCIAÇÃO DOS ÍNDICES: LEIS DE ORDEM PÚBLICA E TEORIA DA IMPREVISÃO\****

---

**CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO\*\***

*Desembargador do TJRJ*

1. Introdução. 2. O cenário brasileiro. 3. Controle de preços e correção monetária. 4. A intervenção do Estado na Constituição de 1988. 5. Leis de ordem pública. 6. Teoria da imprevisão. 7. A posição de Pontes de Miranda. 8. A posição de Enneccerus-Lehmann e a crítica de Karl Larenz. 9. A negociação dos índices de reajuste. 10. Os "shopping centers". 11. Conclusão.

## **1. INTRODUÇÃO**

Não avanço até esta mesa de debates com outro objetivo que o de manter os laços de muitos afetos com o Centro de Debates e Estudos do TACivRJ. Temo, apenas, não corresponder às expectativas quanto ao valor de minha intervenção neste seminário sobre o lojista e o *shopping center*.

Cabe-me tratar de matéria relevante, diretamente vinculada ao dia-a-dia da economia brasileira, relativa à livre negociação dos índices, às leis de ordem pública e à teoria da imprevisão. Sem qualquer pretensão, em área com especialistas de reconhecido talento, anima-me a lição de Descartes: "Dividir a dificuldade em tantas parcelas quanto forem



---

\* Comunicação apresentada no Seminário sobre o tema "O lojista e o shopping center — Aspectos jurídicos", organizado pelo Centro de Debates e Estudos do TACivRJ, realizado no Hotel-Fazenda São Moritz, Teresópolis, de 28 a 30.9.90.

\*\* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/6/1996.

necessárias, para melhor resolvê-la". Ou como preferia Claude Levi-Strauss, "por trás do complexo deveria existir o simples".

## **2. O CENÁRIO BRASILEIRO**

Em primeiro lugar, torna-se necessário estabelecer o cenário do nosso estudo. Vivemos em uma sociedade afogada por dois fatores de agudas desarmonias: de um lado, a formação autoritária do Estado brasileiro, que elegeu critérios de intervenção altamente invasores da liberdade individual, seja no pêndulo do sistema político entre a democracia e a ditadura, seja na definição da natureza constitucional do papel do Estado; de outro lado, os indicadores econômicos conflitam com os indicadores sociais, revelando que a população brasileira sofre as carências do terceiro mundo, com quadros de pobreza inescandível: 65,1% das pessoas que trabalham ganham apenas até 1 salário mínimo, enquanto que 10,1% ganham mais de 3 salários mínimos, sendo que apenas 1,4% ganham mais de 10. E ainda: mais de 27% das crianças até 14 anos estão em estado de miséria, sendo que 54% das pessoas em estado de miséria são crianças.

Tal cenário assim tão crítico permitiu que a organização política brasileira hipertrofiasse a presença do Estado em detrimento da liberdade individual. O engordamento do Estado gerou imediatamente duas graves consequências: primeiro, concentrou o capital para os investimentos básicos em mãos do Poder Público, gerando o Estado-empresário, onipresente, com enorme capacidade de encosto da própria iniciativa privada, daí decorrendo, necessariamente, a proliferação da burocracia e a criação de cartórios com interesses na acumulação de capital às sombras de privilégios conferidos pelo Estado; segundo, como a demanda social era muito superior às possibilidades de atendimento, e a hierarquia de prioridades diante da escassez de recursos para atendê-las foi elaborada com distorções clientelísticas, gastou-se mais do que se podia, dando ensejo ao aparecimento de uma inflação crônica.

As duas conseqüências, como é óbvio, formaram um ambiente propício para o nascimento de uma cultura própria, amalgamando o paternalismo do Estado e a convivência com altos índices de inflação. É evidente que em tais circunstâncias concretas sufocou-se a livre iniciativa, acarretando a substituição da vontade dos cidadãos pela presença da vontade do Estado, que, sem nenhuma cerimônia, passou a intervir, editando leis de ordem pública com grande elasticidade de conceito, para suprir as condições desfavoráveis das substantivas desarmonias sociais.

### **3. CONTROLE DE PREÇOS E CORREÇÃO MONETÁRIA**

Um primeiro significativo reflexo foi a política destinada ao controle de preços. Em notável estudo, que merece lembrado por seu valor para o Direito Constitucional, Francisco Campos tratou de estabelecer fronteiras inéditas sobre a relação existente entre a Constituição como sistema e cada uma das disposições constitucionais tomada isoladamente. Enfrentou o jurista

a questão fundamental do direito político em regime constitucional, a qual consiste, inquestionavelmente, em indagar se a Constituição é, de modo efetivo, e do ponto de vista da normatividade jurídica, uma unidade sistemática, com um conteúdo próprio de sentido, devendo ser referidas a este as normas constitucionais particulares, a fim de se determinar o seu alcance e o seu sentido.

Examinando a questão sob o regime constitucional de 1946, e depois de passar em revista a clássica distinção elaborada por Carl Schmitt entre Constituição e lei constitucional, Francisco Campos, dando interpretação restrita ao vigente art. 146 que autorizava a União, mediante lei especial, a intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, tendo por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, entendeu que estava manifesta a opção pela ordem econômica liberal. Nesse preciso sentido, em um sistema político liberal, o princípio que rege

o mercado há de ser, necessariamente, o princípio da autonomia da vontade. Daí que

a intervenção do Estado na economia, no sentido de conferir ao Estado o poder de se substituir aos indivíduos na avaliação dos seus próprios interesses e na decisão quanto ao ponto de equilíbrio em que eles devem se compor, pressupõe uma ordem constitucional autoritária ou o princípio de que a força de integração social não é a liberdade, mas o poder.

E tal intervenção estava claramente excluída da Constituição de 1946 (*Direito Constitucional*, v. II/54 e ss., Rio, Livraria Freitas Bastos, 1956).

Tenho para mim que uma primeira lição para se compreender adequadamente esta matéria — presente sempre o ensinamento de Black sobre a melhor interpretação constitucional: "A constitution must be interpreted on broad general lines" — é sobre a natureza do estado como estabelecida pela Constituição. Isto quer dizer concretamente que a intervenção do Estado e o conceito de lei de ordem pública que lhe dá consequência em sentido estrito, não pode avançar além do sistema construído pela vontade constituinte.

Um outro notório reflexo foi a criação de mecanismo para compensar a deterioração da moeda. A correção monetária nasceu para corrigir, sob o ângulo do Estado, o esvaziamento das cobranças fiscais. Todavia, com maior celeridade do que poderiam prever os seus criadores, a correção monetária passou a ser um sistema com raízes profundas que alcançaram os negócios jurídicos de uma maneira geral. Em precisa lição sobre a correção monetária nosso antigo colega José Gomes Bezerra Câmara, invocando a *aufwertung* do Direito alemão, anotou que

o bem jurídico lesado — tantas vezes insuscetível de compensar-se — não seria economicamente reparado, quando a reparação, pelo decurso do tempo, pela astronômica e alarmante desvalorização da moeda, de seu poder aquisitivo, restrito ficasse o quantum à cifra em dinheiro, apurada *ex tunc*. Não se faz necessário que lei

especialmente contemple essa maneira de conduzir-se o intérprete; não é necessário que em linguagem cabocla se tenha encontrado uma expressão — correção monetária — atualização, fiel tradução de *Aufwertung*, expressões que surgem como que por encanto, em certos e determinados momentos de crise econômica, política ou social, mas com adequação perfeita.

Com base nessas tão sábias considerações, mestre José de Aguiar Dias julgou de duvidosa constitucionalidade decreto-lei que aboliu a correção monetária por considerá-la fator de inflação. Entendeu Aguiar Dias que não foi considerado o aspecto de compensação pela desvalorização ao credor inocente no retardamento do cumprimento da obrigação em dinheiro.

Os dois destacados reflexos mostram que a natureza da intervenção do Estado — em um caso, pelo controle de preços, em outro, pelo estabelecimento da correção monetária — apresenta uma certa ambigüidade. E assim é porque tanto introduz limitações ao funcionamento do mercado, como impõe remédio ao aviltamento da moeda pelo mal inflacionário. Naquele alcança a sociedade por inteiro para tornar possível o acesso ao consumo; neste intervém diretamente no sistema geral de obrigações, a bem dizer, na liberdade de contratar, impondo critérios substitutivos para a fixação de índices altamente complexos, destinados a manter o valor da moeda no tempo. Na verdade, é quanto aos índices que se impõe uma análise detalhada para aclarar a sua incidência no plano contratual em face do conceito de lei de ordem pública.

#### **4. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Com este cenário, o passo inaugural para enfrentar a questão é considerar a natureza da disciplina constitucional de 1988, no concernente à intervenção do Estado no domínio econômico.

A ordem econômica vigente é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cabendo ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, como estabelecem os arts. 170 e 174 da CF. Isto quer significar que os constituintes de 1988, como norma fundamental, impuseram uma ordem econômica liberal, priorizando claramente a livre iniciativa. Esta norma fundamental, que se afastou nitidamente da disciplina da Constituição de 1967, emendada em 1969, que autorizava a intervenção do Estado no domínio econômico, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar o setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, restabeleceu, na ordem jurídica brasileira, o valor do contrato, com o respeito à livre manifestação das partes contratantes.

Essa repercussão é imediata e não deve ser esquecida. Joaquín Arce y Flórez-Valdés, professor titular de Direito Civil na Universidade de Oviedo, em seu livro *El Derecho Civil Constitucional*, lembra que

la Constitución, en base a su entidad jurídica, significa una superación de su antigua y apócrifa condición de mero documento político. Por su razón jurídica suprema, que le atribuye el estar situada en la cúspide normativa, manifiesta una incidencia en todo el ordenamiento jurídico: también en el Derecho Privado, también en el Derecho Civil (Madri, ed. Civitas, 1986, p. 27).

## 5. LEIS DE ORDEM PÚBLICA

Se o sistema constitucional impôs uma determinada limitação para a organização e funcionamento do Estado, não é possível abandoná-la para acolher interpretação conflitante neste ou naquele segmento das normas jurídicas positivas. Se a Constituição priorizou a livre iniciativa e limitou as funções interventivas do Estado, que se manifestam pelo Direito

Positivo que edita, é impossível juridicamente pretender interpretação que priorize, sob o pálio das chamadas leis de ordem pública, a substituição da vontade das partes pela do Estado, em matéria contratual.

Essa nova perspectiva com que se deve encarar o papel do Estado, não pode ser entendida de modo a retirar-lhe competência para disciplinar as relações jurídicas que se desenvolverem na sociedade. E por tal entendo o poder do Estado de criar condições concretas para a plena realização do homem como pessoa, na dimensão oferecida por Emanuel Mounier. Aqui está presente a repartição das competências estabelecidas na Constituição. Pode, e deve, o Estado exercer o seu poder legislativo estabelecendo regras imperativas que devem ser observadas, no âmbito da distribuição das competências legislativas. O que não pode o Estado, em um sistema de respeito à liberdade contratual, é atropelar os contratos que devem ser respeitados, nos termos do inc. XXXVI do art. 5º da CF: a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito.

O trânsito de nossos dias é exatamente encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade contratual e o dirigismo que diminuiu e restringiu a autonomia da vontade pelo jus cogens. Em um certo sentido, poder-se-ia dizer que é necessário redefinir a medida da presença das leis de ordem pública. Ou, em outras palavras, o desafio maior é descobrir o meio de limitar o conteúdo de Direito Público dos contratos.

Vale recordar o conceito de lei de ordem pública oferecido pela genial clareza doutrinária de Clóvis Beviláqua: são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. Lei que submete ao seu império a vontade dos particulares, assim as que se referem às bases econômicas ou políticas da vida social, como as de organização da propriedade, e as constitucionais; as de capacidade; as que sancionam direitos, quer do indivíduo, quer da sociedade, como as penais e as processuais; as que têm o caráter de polícia jurídica, sempre

que repelem as ofensas aos bons costumes; as que assumem a feição de ordem pública, porque derivam, necessariamente, da essência de um instituto jurídico estabelecido, como a que impõe o dever de convivência dos cônjuges, que é consequência imediata do casamento, segundo o compreende a cultura moral em nossos dias (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio, Livraria Francisco Alves, 1929, pp. 14 e 15).

A meu juízo, esta não será uma passagem fácil porque o paternalismo contratual está desde há muito entronizado na cultura jurídica brasileira. É bom lembrar a doutrina da força normativa dos fatos, do genial Jorge Jellinek, para a qual quando um hábito social se prolonga, acaba por produzir, na consciência dos indivíduos que o praticam, a crença de que é obrigatório. Ou, ainda, como prefere Eugen Erlich, em seu livro *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, o costume do passado se converte na norma do futuro.

E é por essa simples razão que se não pode pretender eliminar da ordem jurídica todo o *jus cogens* que limita a liberdade contratual para proteger os economicamente mais fracos, em áreas críticas, como, p. ex., a prolífica legislação do inquilinato.

Todavia, é imperativo que sejam expurgadas as interpretações que facilitam a manutenção ou ampliação do dirigismo contratual. Assim, p. ex., sob o regime da Constituição de 1988, a facilidade com que foram impostas as regras do chamado "Plano Cruzado", com modificação imperativa dos contratos em vigor, atos jurídicos perfeitos, não será possível alcançar idênticos resultados. A correção monetária não se acaba por decreto, nem se pode por decreto substituir o que foi livremente pactuado, obedecida a lei do tempo do contrato.

## 6. TEORIA DA IMPREVISÃO

O próprio sistema jurídico que abriga a liberdade contratual oferece mecanismo para compatibilizar a execução das obrigações



assumidas no contrato com a alteração das circunstâncias de fato que alcance qualquer das partes contratantes.

Em clássica monografia sobre a teoria da imprevisão, Arnaldo Medeiros da Fonseca afirma que a noção de imprevisão "estaria destinada a impedir que o salutar princípio da irretratabilidade das convenções pudesse, por sua vez, conduzir a injustos enriquecimentos". Como norma absolutamente excepcional, operaria em benefício do devedor quando concorressem três elementos: a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca,

as partes quando contratam têm sobretudo em vista o caráter irretratável do vínculo jurídico formado. E acima das vontades particulares, ou das representações psíquicas dos estipulantes, é preciso colocar, no dizer de Bonnet, os princípios superiores da segurança social, entre os quais se encontra, no primeiro plano, o caráter definitivo de um contrato, uma vez celebrado, e das obrigações que dele derivam. Admitir, como regra, a revisão dos contratos pela superveniência imprevista, simplesmente pelo fato de acarretar para o devedor uma onerosidade não esperada, seria, em verdade, privar o contrato de sua utilidade mesmo, que consiste em garantir o credor contra o imprevisto (*Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rodrigues L. C, 1932, pp. 194, 196 e 197).

A imprevisão, de fato, é um modo de tornar relativo o poder vinculante do contrato, como muito ensinou Orlando Gomes. Para o sempre lembrado Civilista "a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias". Assim, quando ocorre

a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo (*Contratos*, Forense, Rio, 1966, pp. 39 e 40).

Essas lições da doutrina têm acatamento manso e pacífico na jurisprudência. Em recente julgado da E. 4ª Câmara Cível de nosso Tribunal de Justiça, de que fui relator, ficou assentado

que a força do contrato não se reduz, salvo circunstância concreta, que gera, pelo inopinado de seu advento, modificação substantiva na natureza das obrigações contratadas. Há, de fato, elementos objetivos que lastreiam a aplicação da teoria da imprevisão. Não basta qualquer fato, por forte que seja, para autorizar que os termos do pacto sejam alterados. Pode-se afirmar, de logo, que é requisito essencial para que tal ocorra, que o cenário sob o qual o contrato foi formado tenha sofrido alteração absolutamente inesperada, fora de toda a cogitação razoável.

## **7. A POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA**

Sobre a matéria impõe-se como especial referência os estudos desenvolvidos por Pontes de Miranda, no seu Tratado de Direito Privado, v. 25, ao cuidar da desapareição da base do negócio jurídico.

Ao tratar das perturbações da equivalência entre prestação e contraprestação. Pontes de Miranda ensina que "no momento em que se conclui o negócio jurídico bilateral, em que há prestação e contraprestação, os figurantes as tiveram por equivalentes". Afirma o tratadista que "as perturbações mínimas e as perturbações que não importam ao enriquecimento demasiado de um dos figurantes não têm consequências. Quem contrata negocia em um mundo que não é estável". Daí que há um limite para que se dispense a equivalência.

Inexistindo regra jurídica cogente, ou dispositiva, que dê a sanção nos casos de vir a faltar a base do negócio jurídico, a interpretação deste é que nos pode dar a solução. Repelindo o conceito que informa a

teoria da imprevisão, Pontes mostra que o grande mal das teorias em torno do problema está em que não precisam quais as circunstâncias, que podem dar ensejo à resolução, ou à resilição, ou à revisão, e quais os pressupostos do contrato para que uma dessas conseqüências se dê.

Entende o Mestre que a "base do negócio jurídico é o elemento circunstancial ou o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é essencial a que o contrato subsista, salvo onde o acordo dos figurantes restringiu a relevância do elemento ou do estado geral de coisas".

Para Pontes de Miranda, o art. 85 do CC

tem grande papel na solução dos casos de circunstâncias novas ou de mudança de circunstâncias *sempre* que é possível, atendendo-se, nas declarações de vontade, mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem,

concluindo-se que se fez a ressalva das circunstâncias novas ou da mudança de circunstâncias e de quais seriam elas. Se, em vez de ater-se ao que se estatui no art. 85, o intérprete ou juiz o invoca para subentender em todos os casos de onerosidade excessiva produzida por mudança de circunstâncias, por circunstâncias novas, a cláusula *rebus sic stantibus*, atribui ao credor intenção que pode não ter sido a sua. Por outro lado, põe em xeque o *princípio da seguridade*, que é indispensável ao trato da vida. O sistema jurídico brasileiro tem, além disso, o art. 90 onde se diz que "só vicia o ato a falsa causa quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição".

Conclui Pontes de Miranda o seu estudo explicando que

no Direito Privado como em Direito Público, somente se há de atender, a favor do devedor, à mudança de circunstâncias, quando a continuidade das circunstâncias faz parte do conteúdo do negócio jurídico, ou se foi concluído tendo-se em conta, acordamente, circunstâncias cuja persistência ou aparição seria de esperar-se, ou se à resolução ou resilição do negócio jurídico é preferível, para o

que há de atenuar as conseqüências, que se proceda a reajuste ou revisão de contrato.

É preciso que,

a par da *onerosidade excessiva*, haja, para o credor, lucro *inesperado e injustificável* conforme o tráfico. Não há limite *a priori* para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo.

## **8. A POSIÇÃO DE ENNECERUS-LEHMANN E A CRÍTICA DE KARL LARENZ**

Ennecerus-Lehmann, criticados por Karl Larenz, estabeleceram a doutrina da *impossibilidade econômica* para justificar a desaparecimento das bases do negócio jurídico. Para os mestres alemães, todavia, todas as fórmulas só oferecem linhas diretoras gerais e não devem aplicar-se esquematicamente mas, apenas, tendo em conta o conjunto de circunstâncias do caso concreto. Sempre será decisivo que o direito decorrente seja uma exigência da boa-fé, segundo a situação em conjunto, levando-se em conta a finalidade do contrato. Contém o *Tratado* referência aos transtornos econômicos produzidos pela guerra, indicando os limites traçados pela jurisprudência, dos quais merecem destacados os seguintes: 1) na época da inflação, a plena alteração econômica do conteúdo da prestação baseava-se, na maior parte dos casos, na enorme desvalorização do dinheiro e na conseqüente desproporção entre o preço e a contraprestação. Mas, em princípio, deve observar-se que uma forte alta e baixa de preços não pode justificar por si só a resolução, assim porque é necessário, além disso, que se trate de uma alteração completamente extraordinária e subversiva das circunstâncias pressupostas quando da celebração do contrato, particularmente, que acarrete uma desproporção insuportável entre a prestação e a contraprestação; 2) deve tratar-se de uma alteração com a qual as partes não tenham contado, nem podiam contar de nenhum modo. Por isto, nos negócios de caráter especulativo o direito à resolução será conferido com menor freqüência que nos demais negócios, porque neles as partes já

podiam contar no tempo em que contraíram o negócio com as eventuais alterações das circunstâncias, especialmente com a flutuação dos preços. Por conseguinte, nos negócios comerciais, quase sempre mais ou menos especulativos, deve-se proceder com especial cautela antes de reconhecer o direito de resolução. Todavia, a possibilidade de resolução não pode ser excluída, porque freqüentemente também nos negócios mercantis as alterações da situação econômica podem alcançar um tal grau que se presumia totalmente impossível ao tempo da conclusão do contrato; 3) não procede reconhecer que o direito à resolução só deve outorgar-se em caso de ameaça de uma ruína iminente (*Derecho de Obligaciones*, v. 1º/211 e 212, Barcelona, Bosch, trad. da 35ª ed. alemã).

A crítica de Larenz está em que tal doutrina contribui para a imprecisão dos critérios valorativos da imputabilidade, que requerem definição concreta em cada caso. O antigo professor da Universidade de Kiel assinala, por outro lado, que é contrário à boa-fé sujeitar uma pessoa ao cumprimento de um contrato e derivar deste direito quando, em consequência de eventos imprevisos que escapam à influência da outra parte e não pertencem ao risco assumido por nenhum dos contratantes, desaparece de tal forma a base do contrato, que este conforme a intenção das partes, não pode subsistir (*Derecho de Obligaciones*, t. I/151 e 310 e 311, Madri, ed. Revista de Derecho Privado, 1958).

A inflação, como é curial, no caso brasileiro, não está fora de qualquer cogitação razoável. Tanto é assim que a indexação da economia, ou seja, o mecanismo de atualização monetária para suprir a desvalorização causada pela inflação, já existe há tanto tempo que não se pode invocar a teoria da imprevisão com base nela para buscar a alteração do contrato.

Merece lembrada a lição de nosso colega Des. Renato Maneschy, relator do acórdão da 1ª Câmara Cível, na Ap. 2.857/88 sobre o tema, mostrando que

a perda do poder aquisitivo da moeda, a alta progressiva de salários e outros fatores que tornam excessivamente onerosas, no fim de algum tempo, as obrigações compensadas por preços fixos, não podem ser consideradas circunstâncias imprevistas, no mesmo sentido em que se qualificam uma guerra, uma revolução interna, ou uma queda de valores como a de 1929. Tanto mais que a alta de salários e as modificações de valor da moeda resultam, direta ou indiretamente, de atos legislativos, administrativos e jurisdicionais do Poder Público. A alta dos salários e a perda do poder aquisitivo da moeda são fatos previstos dentro da economia de tendência inflacionária que o mundo atravessa desde o fim da 2ª guerra mundial.

Neste sentido, decidiu o 1º Grupo de Câmaras Cíveis de nosso Tribunal ao julgar os Elnfrs 84/90, de que fui relator.

## **9. A NEGOCIAÇÃO DOS ÍNDICES DE REAJUSTE**

Todavia, essa convivência promíscua com elevadas taxas de inflação tem gerado situações caóticas no plano obrigacional. A sucessiva implantação de planos econômicos de combate à inflação, particularmente com a substituição dos índices para o reajuste dos contratos, vem exigindo dos tribunais um grande esforço para preservar o princípio constitucional da irretroatividade das leis.

Não se discute a competência do Estado para disciplinar o sistema monetário, sendo da competência privativa da União legislar sobre tal matéria. Ao legislar sobre o sistema monetário, tem a União competência para fixar os índices e fórmulas para o reajuste monetário. Entretanto, o que não pode a União fazer é invadir a estipulação contida nos contratos em vigor, substituindo-a, para impor índices e fórmulas diferentes, porque em tal hipótese estaria a União, sob o cobertor do *jus cogens* violando o preceito constitucional de respeito ao ato jurídico perfeito, corolário da irretroatividade das leis. Como ensinou Clóvis Beviláqua "o princípio da não retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica". Para o maior dos Civilistas brasileiros, "o direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistência não sirva de

embaraço aos fins culturais da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer" (cit., pp. 20 e 21).

Casos têm ocorrido, principalmente no âmbito dos contratos do sistema financeiro de habitação, nos quais a intervenção do Estado, substituindo a vontade das partes, pretende alterar até mesmo cláusulas contratuais estabelecendo prazos para o reajuste monetário. Em tais casos valida--se a estipulação do contrato. Assim, quando pactua-se o reajuste trimestral, não pode a legislação posterior alterá-la, de tal modo que se a liquidação do débito é feita no curso do trimestre, o direito ao reajuste para a instituição financeira ainda não se deu.

O que se deve considerar sob a Constituição de 1988 é o fato da limitação imposta ao conceito de leis de ordem pública. Se foi estreitada a intervenção do Estado no domínio econômico, é óbvio que foi igualmente restabelecida a força dos contratos. E com isso fortalecida ficou, obviamente, a livre negociação dos índices.

## 10. OS "SHOPPING CENTERS"

No caso dos *shopping centers* a aplicação desses conceitos deve enfrentar previamente a questão da natureza jurídica dos contratos entre os lojistas e o dono do empreendimento, seara na qual não me aventuro em avançar. Em outra oportunidade assinalai que "está na essência do *shopping center*, qualquer que seja o ângulo do analista, a geração de facilidades e estímulos tanto para o público comprador, como para os comerciantes nele instalados. O gerenciamento de tais facilidades ou estímulos há de ser, obrigatoriamente, concentrado, ainda que com fórmulas alternativas de participação, envolvendo o dono do empreendimento e os comerciantes instalados. Surge, então, a grande dificuldade de estabelecer qual a relação jurídica entre o proprietário e os comerciantes a se instalarem no *shopping*. Ainda que não me caiba tratar de tão complexo assunto, não é demais lembrar as oscilações

doutrinárias, incluída como sincera homenagem ao seu invulgar talento, a posição de Orlando Gomes, de que "o *shopping center* é uma empresa, uma atividade empresarial que não pode ficar sujeita a uma simples relação de locação", advertindo, ainda, que "borbulham na vida figuras jurídicas novas, que não têm de ser explicadas com aqueles velhos quadros já em decomposição do Direito Romano".

Não me posso privar, porém, de fazer uma breve anotação sobre a estipulação das normas gerais dos empreendimentos que prevalecem sobre os contratos entre os lojistas e o empreendedor, no concernente aos critérios de reajuste.

Tais normas gerais devem conter-se dentro dos limites próprios ao necessário equilíbrio contratual. Não podem, assim, as normas gerais prescrever ditames leoninos que imponham aos lojistas posição de inferioridade negociai, assim as que fixam obrigações subordinadas exclusivamente ao alvedrio do empreendedor.

A estabilidade do negócio jurídico depende, necessariamente, da equivalência das prestações. Não tem o menor valor jurídico, p. ex., cláusula que obrigue a rutura amigável do pacto, porque viola o inc. XXXV do art. 5º da CF.

## 11. CONCLUSÃO

Eis, meus colegas de seminário, as breves notas que fui capaz de formular, para não perder a oportunidade de aqui estar. Estou convencido de que a minha convivência com os especialistas presentes, convivência com a vocação do aprendizado, será intensamente proveitosa para que eu possa superar as minhas deficiências em tema que tem compromisso com a modernidade.

Conforta-me saber, e encerro também com a lembrança de Claude Lévi-Strauss, que "os humanos se equivocam a toda hora; a



história o demonstra. Dizemos "entre duas coisas, é a primeira", e é a terceira".

Muito obrigado.